

SUR LES DIFFICULTES D'APPLICATION DU "STANDSTILL" DANS LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Paul LEWALLE – Luc DONNAY

La procédure de passation des marchés publics atteint aujourd'hui une grande complexité.

La loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, article 21, exigeait déjà que les marchés au nom de l'Etat fussent passés "*avec concurrence*".

L'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, expression du droit positif en la matière, reproduit la règle.

Cette concurrence ne peut plus être envisagée à l'intérieur des seules frontières de l'Etat belge. Il faut compter avec l'ouverture qu'impose la participation de notre pays à l'Union européenne.

Les voies de recours doivent être pensées en fonction des mêmes impératifs d'ouverture. Il faut avoir égard, en particulier, aux exigences des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE qui coordonnent les législations relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics¹.

Dans son arrêt "*Alcatel*" du 28 octobre 1999, la Cour de Justice des Communautés européennes a conclu que les Etats membres devaient prévoir une procédure de recours permettant aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie de demander, avant la conclusion du contrat, l'annulation de la décision d'attribution du marché prise par le pouvoir adjudicateur².

I - La circulaire du 10 décembre 2003.

Dans cette perspective, le Gouvernement belge a commencé par rédiger, sur le sujet, une circulaire du 10 décembre 2003, signée par le Premier Ministre³, recommandant, pour certains marchés, le respect par le pouvoir adjudicateur d'un délai d'attente, ou "*standstill*", avant la conclusion du contrat, et, par là, offrant au soumissionnaire écarté la faculté d'introduire un recours juridictionnel utile.

¹ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *J.O.C.E.*, L 395, du 30 décembre 1989, p. 33 et s. Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 76, du 23 mars 1992, p. 14 et s.

² C.J.C.E., 28 octobre 1999, C-81/98, *Rec.*, 1999, p. I-7671, *J.T.*, 2000, p. 285 et s., obs. B. DE VUYST et G. MEYER.

³ Circulaire du 10 décembre 2003. - Marchés publics soumis à la publicité européenne. - Enseignement à tirer de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, *Moniteur belge*, 15 décembre 2003.

La démarche procédait d'une bonne intention. Mais le procédé était au moins discutable. De toute évidence, c'était au législateur lui-même qu'il revenait de traiter la question⁴.

II - La loi-programme du 9 juillet 2004.

La loi-programme du 9 juillet 2004, publiée au *Moniteur belge* du 15 juillet 2004, a ajouté, par son article 302, un chapitre *Iibis*, comportant un article *21bis*, au Livre Ier, Titre II de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Nous en rappelons le contenu ci-dessous, en y distinguant trois parties.

L'article *21bis* ayant déjà fait l'objet de commentaires abondants⁵, notre attention s'est portée surtout, dans la présente note, sur les questions soulevées, dans la pratique, par la mise en œuvre de son § 2, relatif au "*standstill*".

Au moment où nous écrivons ces lignes, un avant-projet de loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est en voie d'élaboration⁶. De nouvelles normes en matière de "*standstill*" pourraient donc être adoptées dans un proche avenir.

Ceci n'enlève rien, nous semble-t-il à l'intérêt de la présente étude : elle permettra, espérons-nous, de mieux apprécier la portée de la législation nouvelle, le jour où elle sera en vigueur.

1° - LE DEVOIR D'INFORMATION.

Le § 1^{er} de l'article *21bis* impose au pouvoir adjudicateur un devoir d'information des candidats non sélectionnés et des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie. Ce devoir doit être assuré dans les moindres délais après la prise de décision les concernant. A noter que cette disposition n'est pas applicable pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité dont le Roi arrête la liste.

Le Roi fixe les règles relatives à la communication aux candidats et aux soumissionnaires des motifs de la décision qui les concernent.

⁴ Par un arrêt du 13 janvier 2004, le Conseil d'Etat a mis en doute qu'il appartînt au Premier Ministre d'imposer une voie de recours dans le cadre d'un contentieux relatif aux marchés publics (C.E., 13 janvier 2004, N.V. Laboratoria E. Van Vooren t/ Vlaamse Gewest, n° 127.069, *Entr. et dr.*, 2004, p. 60 et s., note). Voy. ég. C.E., 10 février 2004, N.V. Laboratoria E. Van Vooren et N.V. Mebumar België t/ Openbare Afvalmaatschappij voor het Vlaamse Gewest, n° 128.012, *C.D.P.K.*, 2004, p. 294 et s., obs. J. DEBIEVRE et G. LAENEN; *T. Gem.*, 2005, p. 155 et s., obs. D. VAN HEUVEN et S. LOGIE.

⁵ Voy. not. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 275 et s.; E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, « Les recours préventifs en matière de marchés publics. Le législateur a enfin transposé les directives "recours" 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait ? », *J.T.*, 2004, pp. 849 à 856, *Errat. J.T.*, 2005, p. 170; M. GELDERS et W. TIMMERMANS, « Artikel 21bis van de Overheidsopdrachtenwet in Europees perspectief », *T.B.P.*, 2005, pp. 3 à 25; A. WIRTGEN, « Enkele beschouwingen bij de wettelijk verplichte bevroezingsperiode inzake overheidsopdrachten », *T. Gem.*, 2005, pp. 125 à 134, ainsi que P. FLAMEY et S. KNAEPEN, « *Standstill*verplichting bij overheidsopdrachten », *N.J.W.*, 2005, pp. 653 à 662.

⁶ La "*refonte*" de la législation a pour objectif d'assurer la transposition des directives 2004/18/CE, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et 2004/17/CE, de la même date, relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.C.E.*, L 134, du 30 avril 2004, p. 1 et s.

2° - LE "STANDSTILL", GARANTIE DE L'EFFICACITE DU RECOURS.

Le § 2 du même article 21*bis* est le plus significatif : il prévoit que, lorsque le marché public atteint le montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique par lettre recommandée à la poste en même temps que l'information prévue au § 1er :

- 1° à tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection;
- 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction;
- 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux candidats et soumissionnaires un délai qu'il précise et qui doit être d'au moins dix jours⁷ à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs⁸, afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.

Cet alinéa est particulièrement important, en même temps que problématique.

A la condition de l'entendre *a contrario*, il indique que, dès que le candidat ou le soumissionnaire a informé par écrit le pouvoir adjudicateur de l'introduction d'un tel recours, la procédure de passation du marché ne peut pas être poursuivie⁹. Le pouvoir adjudicateur doit attendre la décision du juge. S'il s'agit du Conseil d'Etat, il semble bien que celui-ci doive statuer en tenant compte de l'extrême urgence, certes, mais sans cependant être obligé d'entendre les parties et de se prononcer dans le délai de "standstill".

Pour « utile » qu'elle soit, cette interprétation n'en heurte pas moins un principe fondamental du contentieux, lui-même déduit de la nécessaire continuité du service public.

Il est de règle, en effet, que le recours porté au Conseil d'Etat, en annulation, aussi bien qu'en référé, tel qu'organisé jusqu'ici par le législateur, n'a pas d'effet suspensif automatique¹⁰. Or, il est clair que l'interprétation évoquée conduit à doter le référé d'extrême urgence d'un tel effet.

Le texte du § 2 de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 gagnerait sans nul doute à être précisé sur ce point déterminant. Si le législateur entend en faire une « *lex specialis* » par rapport aux lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, il aurait avantage à l'affirmer sans ambiguïté !

⁷ Le législateur n'a pas suivi la suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat visant à prévoir un délai supérieur à 10 jours. Il a considéré que ce délai de 10 jours était un minimum raisonnable, admis par la Commission européenne et appliqué dans d'autres Etats membres. Il a rappelé que l'article 2, § 1^{er}, de la directive 89/665 CEE traitant des voies de recours exige que des mesures provisoires puissent être prises dans les délais les plus brefs. Il a ajouté que, « *s'agissant en outre d'un délai minimum, chaque pouvoir adjudicateur devra apprécier, en fonction notamment de la complexité du marché, s'il ne convient pas d'accorder un délai plus long* » (Doc. parl., Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 164).

⁸ La proposition de faire courir ce délai à partir de la réception de l'information par les candidats ou soumissionnaires n'a pas été retenue, au motif que cette date de réception n'est pas immédiatement connue par le pouvoir adjudicateur, ce qui risque de rendre ingérable la suite de la procédure de passation (Doc. parl., Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 164).

⁹ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, o.c., p. 283.

¹⁰ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e édition, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 314.

Laissons à Chimène le « Va, je ne te hais point ... » !

3° - LES EXCEPTIONS.

Le respect des dispositions, rappelées ci-avant, du paragraphe 2 de l'article 21*bis* ne s'impose pas dans trois séries d'hypothèses : dans les cas de procédure négociée sans publicité au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsqu'il n'est pas possible de consulter plusieurs concurrents et en cas d'application de l'article 17, § 2, 1^o, b et c, de la loi; dans le cas de marchés en matière de défense au sens de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité; dans les cas exceptionnels et dûment motivés où l'urgence impose une réduction du délai de réception des demandes de participation à moins de vingt jours et du délai de réception des offres à moins de quinze jours dans le cadre d'une procédure accélérée au sens du § 1^{er}, alinéa 2, des articles 6, 32 et 58 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Enfin, le § 3 de l'article 21*bis* précise que certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

III - Le champ d'application restreint de l'obligation de "*standstill*" imposée par l'article 21*bis*, § 2.

Le mécanisme de *standstill* mis en place par la loi-programme est loin de couvrir l'ensemble des marchés publics.

A l'analyse, le champ d'application du paragraphe 2 de l'article 21*bis* apparaît très étroit; le nombre d'hypothèses visées par cette procédure est, en définitive, relativement peu élevé au regard du nombre de marchés publics passés.

Trois éléments viennent, en effet, limiter sensiblement les cas dans lesquels le *standstill* doit être observé.

1° - SEULS SONT CONCERNES LES MARCHES PUBLICS RELEVANT DES SECTEURS « CLASSIQUES ».

Tout d'abord, le délai d'attente concerne uniquement les marchés passés dans les secteurs classiques; aucune disposition¹¹ ne rend cette procédure applicable aux marchés qui se rapportent aux secteurs spéciaux (l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux).

Pourtant, force est de constater que la directive 92/13/CEE relative aux secteurs spéciaux précitée contient des dispositions identiques à celles de la directive 89/665/CEE applicable aux secteurs classiques. Il est, dès lors, indéniable que le droit communautaire impose de prévoir également un mécanisme de *standstill* pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux¹².

2° - SEULS SONT CONCERNES LES MARCHES PUBLICS DONT LE MONTANT ESTIME ATTEINT LE SEUIL FIXE PAR LE ROI POUR LA PUBLICITE EUROPEENNE.

¹¹ L'article 308 de la loi-programme, qui modifie l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993, rend applicable aux secteurs spéciaux les seuls §§ 1^{er} et 3 de l'article 21*bis*. Il faut en conclure que le § 2 qui organise le *standstill* n'est pas applicable aux marchés passés dans les secteurs spéciaux.

¹² C.J.C.E., 24 juin 2004, C-212/02.

Le paragraphe 2 de l'article 21bis circonscrit lui-même son champ d'application. Le *standstill* ne doit être respecté que si le marché atteint le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure¹³.

Ces montants sont élevés, et il ne faut pas être grand clerc pour apercevoir qu'ils ont pour effet d'exclure de la protection aménagée nombre de marchés publics de nature à intéresser, par leur montant estimé moyen ou faible, des petites ou moyennes entreprises.

On a pu se demander si le fait de ne réserver cette procédure qu'aux marchés les plus importants était compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Un membre du barreau, arguant non seulement de sa qualité d'avocat¹⁴, mais encore, de sa participation comme soumissionnaire à des marchés publics portant sur des services juridiques, dont la valeur se situe fréquemment en dessous du seuil européen¹⁵, n'a pas hésité à introduire un recours en annulation des articles 302 et 308 de la loi-programme du 9 juillet 2004 devant la Cour d'arbitrage.

Celle-ci s'est prononcée par un arrêt n° 179/2005 du 7 décembre 2005.

Tout en reconnaissant la pertinence des arguments du requérant, la Cour d'arbitrage a jugé que la mesure attaquée n'était pas dépourvue de justification raisonnable, sans guère expliciter cependant celle-ci¹⁶. On le regrettera, d'autant que les travaux préparatoires de la loi-programme ne font ressortir aucune justification convaincante sur ce point déterminant.

¹³ Un arrêté ministériel du 20 décembre 2005 (*M.B.*, 23 décembre 2005) a récemment adapté les montants fixés dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Le seuil est désormais de 5.278.000 € pour les marchés de travaux et 211.000 € pour les marchés de fournitures ou de services.

¹⁴ L'intérêt invoqué par le requérant, en sa seule qualité d'avocat ou de conseiller juridique, a été jugé insuffisant par la Cour d'arbitrage, parce qu'il ne se distinguait pas de l'intérêt qu'a toute personne au respect de la légalité en toute matière, et, en l'espèce, à ce qu'il soit remédié au traitement inégal dénoncé des personnes qui participent aux marchés publics. « Admettre un tel intérêt pour agir devant la Cour reviendrait à admettre le recours populaire, ce que le Constituant n'a pas voulu » (C.A., 7 décembre 2005, n° 179/2005, n° du rôle 3360, *M.B.*, 19 décembre 2005, B.4.2).

¹⁵ Le requérant produisait des pièces faisant apparaître qu'il avait participé à des procédures d'adjudication portant sur des services juridiques. Pour ceux dont le montant n'atteignait pas le « seuil » prévu, il ne pouvait bénéficier de l'application de l'article 21bis. Il a été jugé que, dans cette mesure, sa situation pouvait être affectée de manière suffisamment directe et défavorable par la norme attaquée et qu'il justifiait donc de l'intérêt requis pour en demander l'annulation (C.A., 7 décembre 2005, précité, B.5.2).

¹⁶ « Comme le font apparaître les travaux préparatoires précités, le législateur a uniquement voulu mettre en œuvre des directives européennes et a, pour cette raison, limité la réglementation de la protection juridique aux marchés publics qui entrent dans le champ d'application de ces directives.

Le législateur ne devait pas, à cette occasion, justifier spécialement la raison pour laquelle il n'a pas étendu ce régime de protection juridique aux participants ou soumissionnaires d'autres marchés publics. Il n'est pas douteux que des arguments pertinents en faveur de cette extension peuvent être avancés, comme le fait le requérant. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de substituer en l'espèce son jugement à celui du législateur, lequel, en cas d'une éventuelle extension du régime de protection juridique, ne doit pas seulement tenir compte des éventuels effets qui pourraient découler d'une application illimitée du principe de *standstill*, aussi bien au niveau du déroulement de la procédure et de sa durée qu'au niveau de l'efficacité nécessaire de l'intervention des pouvoirs adjudicateurs. Cette préoccupation générale ressort d'ailleurs des travaux préparatoires. C'est ainsi qu'il a été observé lors de l'examen des modalités de la procédure actuelle : « La solution retenue dans le projet de loi, après avis de la Commission des marchés publics, a été d'établir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service au travers de la passation des marchés. Le projet entend donc trouver une solution pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et qui ne souffrent pas de délais de procédure plus longs » (ibid., p. 165). Il découle de ce qui précède que la mesure attaquée n'est pas dépourvue de justification » (C.A., 7 décembre 2005, précité, B.10.2).

Voudrions-nous ajouter que l'application de l'article 21*bis*, § 2, est de nature à poser de difficiles problèmes pratiques, lorsque, introduite en extrême urgence, la demande ne permet pas de vérifier immédiatement si le montant estimé du marché atteint ou non le "*seuil*" de référence ?

Compte tenu de la jurisprudence induite par l'arrêt du 15 juin 2000, Feyfer et S.C.R.L. Formanova c/ Commune de Keerbergen, n° 87.983, prononcé en assemblée générale de la Section d'administration, il convient de décider que doit être rejetée la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public portée devant le Conseil d'Etat à un moment où le marché est déjà conclu, parce que, dès ce moment, le préjudice grave et difficilement réparable résultant de cette conclusion ne peut plus être évité par un arrêt de suspension¹⁷.

Dès lors, s'il est saisi de la demande visant à la suspension de l'exécution de cette décision à l'extrémité du délai laissé par un pouvoir adjudicateur au soumissionnaire et si le montant de ce marché n'apparaît pas sur le vu de la requête, le juge n'a d'autre choix, s'il veut ménager un effet utile à sa saisine, que de statuer toutes affaires cessantes - s'il le faut, sur fixation de l'audience de jour à jour, ou même d'heure à heure¹⁸. Faute de quoi, s'il s'avérait que le montant du marché n'atteint pas le seuil européen, le demandeur risque de se retrouver devant le fait accompli de la conclusion du marché au bénéfice d'un de ses concurrents ...

3 ° - LES EXCEPTIONS.

Enfin, l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 21*bis* prévoit, en termes compliqués, une série d'hypothèses dans lesquelles aucun délai d'attente ne doit être observé. Nous en avons rendu compte ci-avant.

IV - Le non-respect du "*standstill*" empêche-t-il la conclusion du marché ? Ou constitue-t-il un motif d'annulation de celui-ci ?

Que décider si le pouvoir adjudicateur passe outre à l'obligation de "*standstill*" ? Quelle conséquence attacher à la conclusion du contrat avant l'expiration du délai imposé par la loi ?

Dans un premier cas, la réponse du juge a été la suivante : le législateur n'a attaché aucune sanction à la méconnaissance du délai et il n'a pas davantage prévu ce que le Conseil d'Etat devait en tirer quant au préjudice grave et difficilement réparable. Il n'appartient pas au

¹⁷ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, p. 1047. Une suspension de la décision d'attribution du marché n'entraînerait pas la suspension de ce contrat « *dès lors que la suspension de l'exécution d'un contrat est de la compétence exclusive des Cours et tribunaux* »; dans ces conditions, le risque de préjudice que faisaient valoir les requérants, soit l'impossibilité définitive d'exécuter le marché avec les conséquences qui en découlaient, ne pouvait être annulé ou évité par un arrêt de suspension; cette constatation fut jugée suffisante pour rejeter la demande de suspension (C.E., 15 juin 2000, Feyfer et S.C.R.L. Formanova c/ Commune de Keerbergen, n° 87.983.; *Entr. et dr.*, 2000, p. 270 et s., avec l'avis contraire du Premier auditeur J. STEVENS et les observations de M.-A. FLAMME; *C.D.P.K.*, 2000, p. 57, obs. P. FLAMEY et J. GHYSELS; F. GOSSELIN et N. VAN LAER, « Le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue ? Commentaire de l'arrêt de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 15 juin 2000, en cause Feyfer-Formanova c/ Commune de Keerbergen, n° 87.893 », *A.P.T.*, 2001, p. 154 et s.

¹⁸ C.E., 10 mai 2005, S.A. Fournidecor c/ Centre public d'aide sociale de Bouillon, n° 144.258. Il faut rappeler que l'article 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, prévoit notamment que, dans les cas où l'extrême urgence est invoquée, « *le président peut convoquer par ordonnance les parties demanderesse, adverse et intervenante, ainsi que les personnes ayant intérêt à la solution de l'affaire, éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête et de jour à jour ou d'heure à heure* ».

Conseil d'Etat de définir cette sanction, d'autant moins que, s'il le faisait, il se prononcerait sur des obligations déduites du contrat, ce qui excéderait ses compétences. La demande de suspension a, dès lors, été rejetée¹⁹.

Dans un second cas, plus significatif encore, l'Etat belge, pouvoir adjudicateur, avait, le 19 mars 2005, d'une part, retiré ses décisions de déclarer l'offre de la société Finsam non conforme et d'attribuer le marché à la société Euro-shelter et, d'autre part, attribué le marché à la société Finsam.

La décision d'attribution du marché à sa concurrente avait été communiquée à la société Euro-shelter le 24 ou le 25 mars 2005 (les deux dates figuraient sur les cachets postaux), avec la mention « *En application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, vous disposez d'un délai de 10 jours pour introduire un recours en référé devant le Tribunal de Première Instance ou, en extrême urgence, devant la partie Administration du Conseil d'Etat* ».

L'Etat belge, partie adverse, avait notifié, le 4 avril 2005, l'acceptation de son offre à la société Finsam.

La société Euro-shelter avait saisi le Conseil d'Etat ce même 4 avril 2005. Elle demandait la suspension de l'exécution des décisions prises le 19 mars 2005, dont elle affirmait n'avoir eu connaissance que le 30 mars 2005.

Cependant, ayant appris la notification faite à la société Finsam le 4 avril 2005, la même requérante avait demandé, par lettre du 11 avril 2005, l'extension de son recours en suspension d'extrême urgence « *à la notification de la lettre de commande, laquelle constitue un acte unilatéral susceptible d'annulation dès lors qu'elle est elle-même soumise à une condition de légalité* ».

La demande fut déclarée sans intérêt quant à son objet initial, au motif qu'au moment où il statuait, le juge devait constater que le contrat avait été conclu.

Il en fut de même en ce qu'elle prenait pour objet la notification : celle-ci fut considérée comme un acte matériel d'exécution de la décision d'attribution qui, en tant que tel, n'est pas susceptible de recours.

Il fut décidé encore que « *la circonstance que cette notification [...] n'aurait pas respecté le délai de dix jours imposé par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 ou par la volonté délibérée de la partie adverse, n'empêche pas que cette notification a eu lieu et que le contrat s'est ainsi noué; qu'elle affecte peut-être la régularité de ce contrat, mais que le Conseil d'Etat est incompétent pour se prononcer à cet égard et intervenir de quelque manière dans une matière devenue contractuelle* »²⁰.

On constatera que la loi belge est muette sur la sanction frappant la conclusion (par notification) du marché avant l'expiration du délai de dix jours, ou, en cas de recours introduit avant cette date, avant que le juge ait rejeté la demande de suspension.

Dans leur ouvrage précité, MM. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE estiment que, dans ces conditions, « *la seule sanction logique est la nullité du contrat* »²¹.

¹⁹ C.E., 22 mars 2005, N.V. Drukkerij Joos t/ Nationale Loterij, n° 142.423, R.W., 2005-2006, p. 389, avis J. STEVENS et R.A.B.G., 2005, p. 1408, obs. B. MARTENS.

²⁰ C.E., 18 avril 2005, S.A. Euro-shelter c/ Etat belge, n° 143.290.

²¹ *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, o.c., p. 286.

On pourrait faire observer ici que l'éventualité de l'annulation du marché, qui ne pourrait être prononcée que par les Cours et tribunaux, juges exclusifs des contestations ayant pour objet des droits civils et, partant, de la validité des contrats²², a été maintes fois évoquée.

Hormis l'hypothèse, rarissime, où cette nullité est demandée par l'administration cocontractante elle-même²³, le cas reste quasiment d'école : la jurisprudence belge n'offre que très peu d'exemples, jusqu'ici, d'annulation du marché public sur recours d'un tiers, soumissionnaire écarté ou évincé irrégulièrement²⁴.

Pour que l'action de celui-ci soit recevable, il faut, il est vrai, que le contrat soit affecté d'une nullité absolue. Et pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, ou à tout le moins son article 21*bis*, est d'ordre public, ce qui est soutenable, à en juger par l'analyse de plusieurs auteurs²⁵.

Il s'agit là d'une vaste question, que nous n'entreprendrons pas de trancher dans le cadre restreint de la présente étude.

Ajoutons toutefois que, comme a pu le mentionner la revue *L'entreprise et le droit*, la Commission fédérale des marchés publics a soumis au gouvernement, en avril 2005, un avant-projet modifiant la loi du 24 décembre 1993, dont l'article 44 prévoit la nullité des contrats conclus sans respecter le "*standstill*"²⁶.

Il est clair que si le législateur se décidait à adopter une disposition d'une telle portée, il réglerait, dans ce cas particulier à tout le moins, une question débattue depuis des décennies ...

V - L'appréciation de l'extrême urgence.

A en juger d'après les travaux préparatoires de la loi-programme du 9 juillet 2004, c'est de propos délibéré que le législateur n'a envisagé que la procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat - par opposition à ce qu'il a prévu quant au référé judiciaire -.

Le motif de cette différence reste incertain.

La section de législation du Conseil d'Etat n'a cependant pas ménagé ses observations et suggestions sur ce point.

Dans son avis, formulé les 6 et 7 mai 2004²⁷, elle a insisté, notamment, sur les inconvénients de l'obligation faite au demandeur d'agir en extrême urgence devant le Conseil d'Etat : dans le cadre d'une telle procédure, les magistrats appelés à juger ne reçoivent –

²² Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., p. 322.

²³ Voy. les points 6 et 7 de l'exposé des faits dans C.E., 18 avril 1997, S.A. 2000 plus c/ Commune de Forest, n° 65.921.

²⁴ Voy. J. STEVENS, « Overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1999, p. 510; celui-ci fait état d'un arrêt prononcé le 18 mars 1997 par la Cour d'appel de Bruxelles affirmant que si la décision d'attribution du marché est annulée, le contrat est affecté d'une nullité absolue en raison de son origine illicite et que tout tiers intéressé peut faire constater cette nullité; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant », *Entr. et dr.*, 2002, p. 145 à 151; voy. encore la lecture proposée par Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE (o.c., p. 292) de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 1992 (*Entr. et dr.*, 1994, p. 382).

²⁵ Voy. en particulier, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, n° 1417 à 1433; P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, p. 66.

²⁶ *Entr. et dr.*, 2005, p. 336.

²⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001 et 1139/001, p. 325 à 327.

éventuellement – le dossier administratif et la note de la partie adverse, ainsi que les éventuelles requêtes en intervention, que juste avant l'audience ou à l'audience même; ils sont amenés à statuer après avoir procédé à un examen très sommaire; les droits de la défense de la partie adverse et des éventuelles parties intervenantes sont réduits à leur plus simple expression, ce qui est d'autant plus redoutable que la matière des marchés publics, on a trop d'occasions de le constater, est d'une complexité qui va croissant; le fonctionnement même du Conseil d'Etat risque d'être perturbé par la nécessité de répondre, toutes affaires cessantes, à des demandes introduites en extrême urgence; le requérant est astreint à assumer alors une double charge de la preuve, soit celle de sa célérité dans l'introduction de la demande et celle de l'impossibilité pour lui d'obtenir un résultat utile par le recours à la procédure de la suspension ordinaire.

La section de législation n'hésitait pas à conclure que « *les auteurs du projet seraient bien avisés de réfléchir à d'autres pistes pour obtenir une décision rapide de la part du Conseil d'Etat, tout en respectant l'intérêt tant des parties intéressées que du Conseil d'Etat [...]* ».

L'organisation d'une procédure en suspension ordinaire dans un délai minimum et l'obligation pour le juge de statuer au plus court étaient notamment préconisées.

L'exposé des motifs de la loi-programme témoigne du rejet de ces suggestions par le législateur. Mais les justifications de cette attitude sont fort minces.

Il apparaît qu'après consultation de la Commission des marchés publics, le législateur a entendu établir « *un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service au travers de la passation des marchés. Le projet entend donc trouver une solution pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et qui ne souffrent pas de délais de procédure plus longs* »²⁸.

Les difficultés d'application ne manquent cependant pas.

La preuve de l'extrême urgence, condition *sine qua non* de la recevabilité de la demande, paraît devoir être faite dans chaque cas.

Nous ne pensons pas que le demandeur puisse se dispenser de cette preuve en se fondant sur l'article 21*bis* lui-même. Certes, plusieurs arrêts affirment que la procédure en extrême urgence doit rester exceptionnelle, notamment, parce qu'elle n'est pas apte à apporter la protection juridique souhaitable dans le domaine des marchés publics, et qu'elle ne s'impose que lorsque la loi la prescrit par une disposition expresse, tel l'article 21*bis*, considéré²⁹. Ceci ne permet toutefois pas de conclure que, l'article 21*bis* trouvant à s'appliquer, les circonstances de l'extrême urgence se trouveraient automatiquement réunies.

L'obligation de recourir à la procédure d'extrême urgence suppose que celle-ci puisse être constatée, *in specie*. Le soumissionnaire qui entend tirer bénéfice de l'article 21*bis* considéré n'échappe pas à la charge de cette preuve, comme l'ont soutenu parfois des requérants³⁰.

²⁸ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 165.

²⁹ C.E., 20 octobre 2005, V.Z.W. Gedilo-IK t/ O.C.M.W. Waregem, n° 150.497; 10 novembre 2005, N.V. Herbosch-Kiere t/ Vlaamse Gewest, n° 151.189.

³⁰ Voy. par exemple C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, n° 140.737. A noter que, dans cette affaire, le demandeur invoquait comme justification, non seulement l'obligation de recourir à la procédure d'extrême urgence qu'imposait, selon son analyse, l'article 21*bis*, mais encore, l'imminence possible de la notification, par la partie adverse, de la décision d'attribution du marché, qui aurait eu pour effet de nouer le contrat et de rendre vaine toute demande de suspension.

Cela étant, on constate, sans surprise, qu'une relation est établie dans la jurisprudence entre le risque de préjudice allégué et l'extrême urgence : la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier immédiatement l'acceptation de l'offre au soumissionnaire concurrent, ce qui a pour effet de conclure le contrat³¹, est présentée par le demandeur – et acceptée par le juge – comme la justification de l'extrême urgence, la saisine du juge en extrême urgence apparaissant comme la seule voie qui puisse épargner au demandeur le préjudice que représente la perte de l'exécution de la commande publique par lui-même³².

Est-il cohérent de tenter un « doublé » en introduisant une demande de suspension devant le Conseil d'Etat, et en citant, dans le même temps, le pouvoir adjudicateur devant le Président du tribunal statuant en référé ? Cette tactique, qui vise à tirer parti de toutes les virtualités ouvertes au contentieux par l'article 21*bis*, ne contredit-elle pas l'extrême urgence alléguée devant le Conseil d'Etat ?

Le cas s'est présenté.

Il a été jugé, adéquatement, selon nous, que « *sans nuire aux droits de la partie adverse, la requérante a pu juger que deux précautions valaient mieux qu'une; que [...] la partie adverse aurait encore moins apprécié de se voir interdire, par le Président du tribunal de première instance siégeant en référé, de notifier sa décision d'attribution du marché jusqu'au terme d'une procédure de référé ordinaire menée devant le Conseil d'Etat* »³³.

VI - L'exigence de préjudice grave et difficilement réparable.

C'est rappeler une évidence : l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, exige que, pour qu'elle soit accueillie, la demande en référé, fût-elle introduite d'extrême urgence, repose sur un ou des moyens sérieux et fasse apparaître un risque d'un préjudice grave, difficilement réparable, lié à l'exécution de l'acte critiqué.

La condition relative au risque n'a pas été sans soulever des difficultés particulières dans la mise en œuvre de l'article 21*bis*.

Il a été affirmé que même si l'article 21*bis* est applicable, il n'a pas pour effet de faire présumer un risque de préjudice grave et difficilement réparable³⁴.

Ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, la preuve de l'extrême urgence a été déduite, dans la pratique, du risque de conclusion précipitée du marché, rendant aléatoire l'exécution de celui-ci par le demandeur, même en cas de suspension "ordinaire" ou d'annulation. Ce risque de perte de l'exécution en nature, et des avantages à tirer de celle-ci du point de vue de l'expérience acquise ("*marché de référence*") a pu à l'occasion être considéré comme grave et difficilement réparable³⁵.

³¹ Voy. art. 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité.

³² Voy. en ce sens, C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité; 24 février 2005, N.V. Geac t/ Provincie Antwerpen, n° 141.201; 25 avril 2005, S.A. Cegelec et S.A. Lexar Technics c/ Région wallonne, n° 143.609 et 143.611; 25 avril 2005, S.A. Genetec c/ Région wallonne, n° 143.629; 4 mai 2005, soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale, n° 144.174; 8 novembre 2005, N.V. Fabricom GTI t/ Regie der gebouwen, n° 151.056.

³³ C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité.

³⁴ C.E., 25 avril 2005, S.A. Cegelec et la S.A. Lexar Technics, n° 143.609 et 143.611, précités.

³⁵ Voy. C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité; 24 février 2005, N.V. Geac t/ Provincie Antwerpen, précité; 29 juillet 2005, N.V. Aertssen Aannemingsbedrijf t/ Autonoom Gemeentbedrijf Antwerpen Nieuw Noord, n° 147.990 et 8 novembre 2005, N.V. Fabricom GTI t/ Regie der gebouwen, précité.

Certains arrêts témoignent d'une attention particulière portée à l'argumentation du demandeur quant au risque de préjudice : ainsi, s'agissant d'un marché relatif à l'acquisition de moyens SIGINT "*Signal intelligence*" pour le Service Général du Renseignement et de la Sécurité, y compris un contrat pluriannuel couvrant la maintenance après période de garantie, le demandeur faisait valoir qu'il s'agissait d'un marché de référence, notamment parce qu'il s'insérerait dans un programme d'investissements importants, portant sur plusieurs années, outre l'atteinte à son image de marque. Visiblement, le juge a eu égard à ces éléments, en particulier à la circonstance que, par son ampleur et sa spécificité, la commande en cause pouvait apparaître comme un marché de référence³⁶.

Par contre, il a été décidé que la non-attribution d'un marché de fabrication de billets de loterie instantanée ne constituait pas un risque de préjudice grave et difficilement réparable, le préjudice financier n'étant pas établi et « *la perte d'une référence telle que celles exigées en vue de la sélection qualitative ne [pouvant] être confondue avec celle d'un marché de référence* »³⁷.

Un point de droit, particulièrement délicat, reste néanmoins à trancher : il ressort en effet de la jurisprudence que la compatibilité des articles 1^{er} et 2 des directives 89/665 du 21 décembre 1989, et 92/13 du 25 février 1992 précitées, d'une part, et de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, d'autre part, a été mise en question par certains requérants.

Arguant de ce que ces directives imposent aux Etats membres d'organiser les procédures de recours, notamment une procédure en suspension permettant au soumissionnaire évincé d'un marché public d'obtenir le cas échéant une réparation en nature, ils ont soutenu que la seule qualité de soumissionnaire évincé au sens de l'article 21*bis* suffisait à établir la réalité du risque de préjudice grave et difficilement réparable.

C'était affirmer que les directives précitées avaient abrogé, implicitement sans doute, dans leur domaine d'application, l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, en ce qu'il exige la preuve du préjudice grave difficilement réparable.

Il leur a été répondu que si ces directives requièrent l'existence de « *moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit* », elles ne sont pas directement applicables en droit interne et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale, ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21*bis* dans la loi du 24 décembre 1993, lequel n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat, et en particulier l'article 17, § 2³⁸.

Le problème ne nous paraît pas définitivement résolu, si nous en jugeons d'après l'arrêt prononcé le 2 juin 2005, sur questions préjudicielles, dans l'affaire *Koppensteiner GmbH c/ Bundesimmobiliengesellschaft mbH*³⁹. La difficulté portait sur l'application d'un article 20 du *Bundesvergabegesetz* 2002, loi fédérale autrichienne, excluant que puisse être examiné et, le cas échéant, annulé, dans le cadre d'un recours le retrait de l'appel d'offres après l'ouverture des offres dans une procédure d'adjudication ouverte.

L'une des questions préjudicielles posées par le *Bundesvergabeamt* d'Autriche à la Cour de Justice était ainsi libellée : « *Les dispositions combinées de l'article 1^{er} et de l'article*

³⁶ C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité.

³⁷ C.E., 4 mai 2005, soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale, précité.

³⁸ C.E., 25 avril 2005, S.A. Cegelec et S.A. Lexar Technics c/ Région wallonne, n° 143.609 et 143.611, précités; 25 avril 2005, S.A. Genetec c/ Région wallonne, n° 143.629, précité; 4 mai 2005, soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale, précité.

³⁹ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-15/04, concl. Av. Gén. Stix-Hackl.

2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 [...] sont-elles si inconditionnelles et précises qu'un particulier peut s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales en cas de retrait d'un appel d'offres après l'ouverture des offres et être admis à engager un recours contre ce retrait ? ».

Dans sa réponse, la Cour de justice a tout d'abord rappelé sa décision antérieure du 18 juin 2002 HI⁴⁰, aux termes de laquelle « *les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 exigent que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public puisse faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée, le cas échéant, au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit* ».

Elle affirma ensuite aux points 38 et 39 de l'arrêt du 2 juin 2005 que « *lesdites dispositions de la directive 89/665 sont inconditionnelles et suffisamment précises pour fonder un droit en faveur d'un particulier qui, le cas échéant, peut s'en prévaloir contre un pouvoir adjudicateur tel que la BIG. Dans ces conditions, la juridiction compétente est tenue de laisser inappliquées les règles nationales qui l'empêchent de respecter l'obligation qui découle des articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665* ».

Certes, la règle de droit national en cause dans l'arrêt "*Koppensteiner*" était bien différente de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat.

Mais les termes de l'arrêt du 2 juin 2005 ne conduisent-ils pas à reconnaître que les dispositions considérées des directives 89/665 et 92/13 sont directement applicables, et qu'il faut lire le droit national en conséquence ?

S'agissant du référé administratif visant la procédure de passation d'un marché public, l'exigence du préjudice grave, difficilement réparable serait-elle en sursis ?

La question est moins paradoxale qu'il n'y paraît !

9 janvier 2006

⁴⁰ C.J.C.E., 18 juin 2002, C-92/00, *Rec.*, p. I-5553.